

NOTAS

LA PLENITUD DEL ORDEN JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN*¹

Norberto Bobbio

Cossio es un filósofo del derecho con el cual es posible entenderse. Tiene nuestras mismas preocupaciones y entre ellas, principalmente, la de no hacer de la filosofía del derecho el uso de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones. Aun sabiendo que una cosa es la filosofía del derecho y otra es la ciencia jurídica, y que los juristas esperan inútilmente que de la filosofía provenga la solución a sus problemas, que son exclusivamente científicos (v. Apéndice, “Sobre las relaciones entre la filosofía del derecho y las ciencias jurídicas”, pp. 181-123), Cossio está convencido que nuestra disciplina deba aproximarse a la vida concreta del derecho, si quiere vencer la batalla contra la indiferencia y la hostilidad de los juristas.

Ya la elección del tema, o sea, *la plenitud del orden jurídico y la interpretación*, es reveladora, y más significativo aún es el punto de partida de su ensayo, ocasionado no por una polémica erudita o una cuestión doctrinal, sino que se trata, nada menos, de un artículo del Proyecto del Código Civil argentino, es decir, el art. 7, que corresponde al art. 3 de nuestras “Pre-leyes”^{**}. Todo el libro está basado en la

* Publicado con el título original “Completezza dell’ordinamento giuridico e interpretazione” en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, fascículo IV-V, julio-octubre de 1939, pp. 266-270. Traducido del italiano al castellano por Pablo Eiroa, Università degli Studi di Camerino.

¹ Carlos Cossio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1939, pp. 220.

^{**} N. del t.: Con el término “Pre-leyes” el autor se refiere a las “Disposiciones sobre la ley en general” o “Disposiciones preliminares al Código civil italiano”, que preceden al Libro I de tal cuerpo legal y resultan más conocidas, precisamente, como “Pre-leyes” (*Preleggi*). El art. 3 de tales “Pre-leyes” del Código civil italiano de 1865, al que Bobbio alude en el texto, establece que en presencia de un caso dudoso, no previsto expresamente en la ley, el juez deberá decidir según los principios generales del derecho, por ello el autor habla de correspondencia con el art. 7 del Proyecto de Código Civil argentino. La mencionada norma italiana, tiene su origen más remoto en el art. 7 del Código Civil austríaco de 1811 (“...siendo el caso todavía dudoso, deberá decidirse según los principios del derecho natural”), en el cual se inspiraría luego la norma del

discusión de este artículo y la materia del desarrollo obtiene del mismo su ordenación sistemática. El motivo inicial y final es la propuesta de un nuevo artículo que sustituya el del proyecto, mientras que el discurso se desenvuelve en los tres capítulos principales como análisis de los tres puntos fundamentales de las divergencias de Cossio, que comprenden problemas de altísimo interés especulativo y práctico.

La crítica, ante todo, se refiere a la primer parte del artículo, en la cual se establece que “los jueces no se abstendrán de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Cossio la considera inútil y la elimina de su proyecto. La inutilidad de esta proposición deriva de su evidencia lógica: en efecto, debido a que emitir la sentencia pertenece a la esencia misma del juzgar, la conducta del juez en cuanto juez se desprende de la misma estructura lógica del ordenamiento y es, por lo tanto, ajena a la voluntad del legislador. La voluntad del legislador no tiene ninguna relevancia sobre lo que es una derivación lógica de una premisa y, en consecuencia, resulta banal y sin efecto alguno hacer referencia a aquella cuando no se trata de establecer algo, sino de deducirlo racionalmente.

El fundamento de la necesidad de juzgar en la que se encuentra el juez, es la plenitud del orden jurídico. Cossio observa justamente que dicha plenitud es actualmente una afirmación común, pero generalmente dogmática, sostenida con argumentos prácticos que resultan ser inadecuados o, incluso, con argumentos teóricos insuficientes, en modo tal que conserva siempre el carácter de postulado no demostrado.

Para una demostración correcta, en cambio, son necesarias tres consideraciones sucesivas: la primera, sobre el carácter apriorístico de la norma general –la norma general exclusiva, según la cual es permitido

art. 15 del Código albertino de 1838 (“...siendo el caso todavía dudoso, deberá decidirse según los principios generales del derecho”), inmediato predecesor del Código de 1865. La norma del art. 3 de las “Pre-leyes” de este último, en efecto, permaneció sustancialmente inmutada respecto a aquella del art. 15 del Código precedente. El Código civil actualmente vigente en Italia, que data de 1942, encuentra en el art. 12 de sus disposiciones preliminares la norma que sustituyó a la del art. 3 ya referido, cambiando la expresión “principios generales del derecho”, por aquella de “principios generales del ordenamiento jurídico”. Es importante señalar, por último, que las Disposiciones preliminares o generales sobre la ley o, en fin, las Pre-leyes del Código actual, fueron aprobadas, junto con el libro I del mismo instrumento legal, en diciembre de 1938, es decir, casi cuatro años antes de la aprobación del texto completo del Código, motivo por el cual ha sido posible para el autor hacer alusión a la reforma mencionada en el desarrollo de este trabajo, concluido en 1939.

todo lo que no es prohibido, no deriva de las normas positivas, como lo pretende Donati, sino que es una consecuencia lógica del concepto mismo de derecho—; la segunda, sobre el carácter apriorístico de la estructura totalitaria de las normas jurídicas; y la tercera, sobre el carácter complementario que tiene la función judicial respecto a esta estructura. La norma que al juez ordena juzgar, es un enunciado lógico que se introduce en el sistema lógico del derecho y es válido por ese mismo carácter, y no porque sea puesto por el legislador. Por lo tanto, dado que el juez juzga por el solo hecho de ser juez, independientemente de la voluntad del legislador, la enunciación de una proposición como la que indica el proyecto deviene superflua.

Eliminada la primer parte del artículo del proyecto, es necesario corregir la segunda de manera que resulte correspondiente a las exigencias de una técnica conceptual más avanzada y a la evolución de los estudios jurídicos más recientes. Cuando se presentan lagunas, concurren dos soluciones: o la limitación o la extensión. Este último es el sistema que comúnmente, en la actualidad, es adoptado por las legislaciones civiles y solamente de frente al mismo se puede hablar de verdaderas lagunas. Según Cossio, la actividad interpretativa del juez es una actividad creadora de derecho, porque, si bien no crea normas generales, crea normas individuales que no existían antes de la sentencia. Sin embargo, para crear tales normas el juez debe buscar en el ordenamiento una norma general de la cual éstas puedan desprenderse. Pero, ¿cómo deberá proceder el juez a los efectos de esta búsqueda? No existe más que una vía y es la vía de la ciencia, la cual excluye tanto la autoridad dogmática de la ley de las citaciones, como la intuición irracional del juez Magnaud. Por ello, Cossio considera que en el art. 7 deba ser dicho, en modo explícito, que “los jueces determinarán *científicamente* la norma jurídica aplicable, desprendiéndola de normas análogas, etc.”, lo cual excluye, además, la determinación de un método particular de interpretación, que sería imposible dado el valor exclusivamente histórico de los métodos. Es ésta la primer modificación. Otra diversa se refiere a la fórmula de los “principios generales del derecho”, que resulta sustituida por la siguiente: “la idea de justicia, en cuanto pueda constituir los juicios de valor de la conciencia nacional”. En verdad, la excesiva abundancia de esta expresión no me parece del todo oportuna y ni siquiera es justificada satisfactoriamente por el autor; es cierto que la fórmula tradicional es vaga, pero no puede dejar de ser vaga una fór-

mula que responde a su función solamente si es amplísima y encuentra su razón de ser en su generalidad. Complicar la fórmula, tal como, por otro lado, ha sido complicada en el nuevo Código Civil italiano, no quiere decir ni determinarla ni aclararla, sobre todo cuando a fin de hacerla más compleja se utilizan expresiones no determinadas ni claras como “idea de justicia», “conciencia nacional” o, entre nosotros, “ordenamiento jurídico del Estado”. Obsérvese también que respecto a la importancia generalmente atribuida a este último momento del proceso interpretativo, sobre todo respecto a su magnitud práctica real, debería realizarse un discurso ulterior que, sin embargo, no se puede desarrollar aquí.

En cambio, la cuestión de la analogía merece una breve referencia, respecto de la cual Cossio adopta una posición abiertamente polémica de frente a la tesis expuesta por mí en un libro reciente sobre el argumento. Conduciendo a la analogía hacia el razonamiento lógico por analogía, había encontrado el fundamento de la validez de tal procedimiento interpretativo en su misma estructura lógica, considerándolo no como un razonamiento de probabilidad, sino como un razonamiento de certeza, distinguiendo de esa manera la analogía falsa de la verdadera analogía, lo cual, dadas las frecuentes confusiones, no era tan obvio, como parece creer Cossio. En efecto, Cossio sostiene que en la analogía jurídica, el razonamiento lógico sea precedido por un juicio de valor, del cual sólo el legislador pueda ser el sujeto y que, por lo tanto, la validez de la analogía no se encuentre en su fuerza lógica sino simplemente en la voluntad del legislador, el cual ha considerado, aunque era libre de no hacerlo, que a casos similares debía atribuírse la misma disposición. Mi solución presentaba una utilidad inmediata, es decir, aquélla de dar cuenta del hecho que la analogía fuese acogida aun en los ordenamientos en los cuales era expresamente no reconocida. Aceptando la tesis de Cossio, se cae nuevamente en explicaciones fatigantes, como lo son aquéllas que él mismo debe elaborar para demostrar que la analogía se impone a través de la costumbre incluso en los ordenamientos en los cuales la costumbre no vale como fuente del derecho. Sin embargo, aun prescindiendo de las consecuencias prácticas, me parece claro que respecto al problema teórico estructural la tesis de Cossio sea defectuosa, dado que termina confundiendo al *prius* con el *posterius*. El juicio de valor implícito en la analogía jurídica no es el fundamento del razonamiento, sino que, diversamente, está fundado en la posibili-

dad del razonamiento, es decir que nosotros damos un valor de justicia a la relación de analogía porque es una relación lógica de igualdad. El legislador será absolutamente libre para negar la analogía (tal como el legislador liberal lo ha hecho en el Código Penal), pero nadie le impedirá que cometa una injusticia pretendiendo un tratamiento distinto para dos casos que tengan *eadem ratio*. Por lo tanto, no es verdad que se aplique la analogía porque es justa, pero sí es verdad que la analogía es justa porque está fundada en la razón. La analogía no es razonable, y entonces aceptable, porque es justa, sino que es justa porque es razonable. No es el legislador que pone la analogía, sino que es la analogía que se impone al legislador. Si su valor se fundase sólo en la voluntad del legislador, podría ser un valor ficticio.

La función del filósofo del derecho es la de indagar sobre la voluntad del legislador y evidenciar su legitimidad: todo el problema del derecho natural, que es el problema por excelencia de la filosofía del derecho, es un problema de legitimación del derecho positivo. Y si el fundamento de la analogía es la igualdad de los términos que hace posible un razonamiento lógico, ¿por qué deberíamos decir que el fundamento es la voluntad del legislador que aparece después y no la igualdad que se encuentra antes? Y si la igualdad quiere decir justicia, diciendo que la analogía responde a una exigencia racional, ¿no estaríamos diciendo también que la analogía responde a una exigencia de justicia? ¿Será quizás que la analogía pueda decirse justa independientemente de su racionalidad? ¿Será quizás que aceptar o no aceptar la analogía es una cuestión de pura oportunidad? Y si la analogía es justa en cuanto responde a una exigencia racional, ¿por qué no deberíamos fijar la mirada en esta racionalidad para poner en evidencia sus caracteres y sus consecuencias?

En suma, no veo cómo sea posible distinguir la analogía jurídica de la analogía lógica, ya que se trata de lo mismo. Si no damos a la justicia un contenido racional y no hacemos que a ella corresponda una exigencia de racionalidad, la justicia deviene un acto de voluntad arbitraria. Es cierto que el problema de la analogía es un problema de valor, tal como todo problema jurídico, pero este valor es intrínseco a su estructura.

Por otro lado, tengo la impresión que nuestro opositor, costreñido por la dificultad de deber admitir la analogía también allí donde no es deseada, termine por acercarse a nuestra tesis. En efecto, cuando afirma

que “la justicia de la igualdad vale no porque la costumbre le dé valor, sino porque satisface ciertas exigencias de la razón” (p. 144) y también que “el valor de la analogía jurídica es de carácter racional, no consuetudinario” (p. 145), ¿qué es lo que resulta tan distinto de aquéllo que hemos sostenido nosotros?

En consecuencia, ¿nuestras tesis son opuestas, tal como cree Cossio, o son, en cambio y en realidad, muy similares e interdependientes? Me hago esta pregunta porque habiendo sostenido al principio que Cossio es un autor con el cual es posible entenderse en el ámbito de la orientación general de nuestros estudios, me gustaría que esta misma comprensión pudiera tener su inicio partiendo de algunos puntos específicos que aparentemente nos dividen.